

DETERMINA 8 Fascicolo n. GU14/498716/2022**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX- TIM SpA (Telecom Italia, Kena mobile) IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA**

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante: “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante: “Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante: “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

VISTA la deliberazione del Corecom Piemonte n. 1 del 12 gennaio 2022, con la quale, ai sensi dell’art. 20, comma 7, del Regolamento e dell’Allegato alla deliberazione AGCOM 276/13/CONS, punto III.5.5., il Comitato ha delegato al Dirigente dell’Ufficio la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., "Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, "Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte" e s.m.i.;

VISTO l’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, approvato dall’Autorità con delibera n. 427/22/CONS del 14 dicembre 2022;

VISTA la "Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni", sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale del Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte in data 10 marzo 2023, e in particolare l’art. 5, c. 1, lett. e);

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 09/02/2022 acquisita con protocollo n. 0044830 del 09/02/2022

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L'istante, nell'atto introduttivo, rappresenta quanto segue: A causa di un mancato funzionamento del servizio autoricarica che avevo con Kena sulla sim XXX(vedi All.1) il telefono non si è ricaricato. Pertanto in data 29 lug 2021 ho fatto una ricarica di 5 € con il sistema XOOM Pay Pal da me già utilizzato per altre ricariche con altri gestori. Questo sistema prevede che inserisci il tuo numero di telefono e l'importo che vuoi ricaricare e poi il telefono si ricarica in automatico (vedi All.2). Dopo aver fatto la ricarica il mio numero non si è ricaricato e pertanto non è partito il mio pacchetto Kena Base (che comprende traffico voce + traffico dati + sms) e Kena mi ha addebitato 2,13 € di traffico voce. Contatto il servizio clienti XOOM per il disagio e l'operatore mi riferisce che il mio pagamento è stato ricevuto da Tim Kena ma purtroppo è l'unico gestore che non rileva il pagamento in automatico e quindi mi invia dati da girare a Kena per farmi accreditare la ricarica (vedi All.3). Giro a Tim i dati che mi ha girato XOOM (vedi All.3) e Tim non mi ricarica perché a suo dire voleva un PIN che io non avevo mai utilizzato con gli altri gestori e che non avevo ricevuto nei dati ricevuti da XOOM (vedi All.3). Visto le contraddizioni tra XOOM Pay Pal e Kena e considerato che non potevo stare senza telefono in data 2/08/2021 faccio un'altra ricarica di 10 € e invio reclamo al gestore contestando i fatti sopra elencati comunicando che non ero più interessato alla ricarica e di restituirmi i 5 € e il rimborso dei 2,13 €(sul mio cc) che ho indebitamente pagato a causa del mancato rilevamento della mia ricarica di 5 € fatta con XOOM /PayPal.(Vedi All.4) Tim non emette alcun rimborso e continua a richiedermi il PIN di un servizio che non mi interessava più e di fatto non rispondeva al mio reclamo. In data 10/08/2021 dietro ad un'ennesima richiesta di pin ricomunico formalmente di non essere più interessato alla ricarica e di restituirmi i miei 5 € e di rispondere a questa richiesta o mio malgrado sarei stato costretto a rivolgermi al Corecom (vedi All.5). Tim non risponde al reclamo e non mi fa alcun rimborso. Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede: 1) Rimborso dei 5€ relativi alla ricarica. 2) Indennizzo di 300 € per mancato riscontro al reclamo del 10/08/2021 (vedi All.5). 3) Il rimborso delle spese necessarie all'espletamento delle procedure (Corecom, Agcom) il cui importo si rimette alla decisione di codesta autorità ai sensi dell'art. 19 comma 6 della delibera 173/07/cons.

L'operatore, nella memoria difensiva, in sintesi rappresenta: L'utente si duole del mancato recepimento di una ricarica di € 5,00 eseguita mediante un servizio denominato Xoom, offerto da una società terza di diritto straniero, ovvero PayPal. Lamenta altresì il mancato riscontro ai reclami – rectius, l'insoddisfacente riscontro – chiedendo il rimborso di € 5,00, € 300,00 a titolo di indennizzo, nonché il riconoscimento delle spese di procedura. Le doglianze avversarie sono infondate in fatto ed in diritto ed in quanto tali andranno rigettate. Controparte afferma di aver eseguito, mediante il servizio Xoom, una ricarica di € 5,00 per la propria utenza mobile avente n. XXX. Sul punto occorre chiarire la fattispecie di cui trattasi, palesemente travisata dal nostro odierno contraddittore. Segnatamente, la Carta dei Servizi Kena Mobile (doc.n.1), prevede una serie di modalità attraverso le quali i clienti possono ricaricare le proprie carte SIM, tra cui, appunto, il servizio PayPal, a cui parrebbe legata questa piattaforma Xoom citata ex adverso. Le modalità indicate in Carta dei Servizi prevedono un pagamento diretto nei confronti di Kena Mobile che, dunque, può verificare autonomamente la ricezione degli accrediti. Nel caso che ci occupa, il servizio utilizzato dal Sig. XXX– stando alla documentazione prodotta – parrebbe fungere da intermediario nella transazione, inserendosi dunque come soggetto terzo nel rapporto contrattuale instaurato tra Kena Mobile e il suo cliente. Orbene, se l'accredito ricevuto mediante l'intermediario risulta recepito da Kena, questo viene regolarmente registrato a sistema e gli importi ricaricati sulla SIM, come per l'odierno istante solitamente avviene, vedasi la schermata relativa all'utenza n. XXX(doc.n.2). Tornando alle odierne doglianze, l'utente sostiene di aver eseguito una ricarica il 29.07.2021 dell'importo pari ad € 5,00. Questo accredito non risulta mai pervenuto a Kena Mobile. E' bene ricordare come l'utente sostenga di aver utilizzato una piattaforma di una società terza per eseguire la ricarica. Orbene, in ragione di quanto sopra, è palese come Kena Mobile non possa verificare autonomamente l'eventuale accredito ricevuto, dato che non è stato effettuato direttamente nei confronti della scrivente società, bensì abbia la necessità di ricevere un codice PIN di ricarica acquistato dall'utente per effettuare ulteriori verifiche. Quanto sopra è la procedura ordinaria utilizzata dal gestore per tutti i clienti che utilizzano società terze per l'esecuzione dei pagamenti, dato che, a causa del passaggio "intermedio" delle somme, è necessario compiere verifiche circa eventuali addebiti di responsabilità nei trasferimenti del credito. Ben potrebbe, infatti, essere stata una problematica della società terza ad impedire il trasferimento del credito e, dunque, solamente a questa potrebbe essere imputabile un supposto inadempimento. Ma non solo. E' bene evidenziare, per quanto attiene al caso odierno, come la domanda avversaria sia fondata unicamente su una schermata di produzione unilaterale e, per tale ragione, come recentemente ribadito dalla Corte di

Cassazione con sentenza n. 8290/2016, questa “non può costituire prova in favore della stessa nè determina inversione dell'onere probatorio nel caso in cui la parte contro la quale è prodotto contesti il diritto, anche relativamente alla sua entità, oltretutto alla sua esistenza”. L'unico supporto probatorio avversario è la schermata prodotta, di produzione unilaterale, e Kena Mobile non può confermare la ricezione dell'accredito, dato che non risulta a sistema. Indefettibile corollario di quanto sopra affermato è la contestazione di Kena circa l'esistenza dell'accredito e, conseguentemente, l'inconferenza della schermata prodotta, che non potrà essere posta alla base della decisione dell'Autorità adita circa l'eventuale rimborso di somme che – si ribadisce – non risultano mai pervenute all'odierna convenuta. In ragione di quanto sopra, si domanda recisamente il rigetto della richiesta di rimborso di € 5,00. Si procederà ora a contestare la richiesta di indennizzo per mancato riscontro al reclamo che si palesa non solo infondata, bensì pretestuosa e ben oltre il limite della temerarietà ex art 96 cpc. Controparte ha infatti ripetutamente inviato la medesima segnalazione a Kena Mobile, che ha riscontrato – non due volte come tenta di sostenere controparte, bensì 4, come risulta dal tracciamento di sistema (doc.n.3) – comunicando sempre la necessità di ricevere il PIN di ricarica acquistato dall'utente al fine di eseguire le dovute verifiche. Ciò in quanto – come sopra già ampiamente esposto – l'accredito non viene ricevuto direttamente da Kena ma con il passaggio a soggetto intermedio, che ben potrebbe essere occorso in problematiche non imputabile all'odierna convenuta. Controparte non ha mai comunicato a TIM il PIN di ricarica, ostinandosi a reiterare la medesima segnalazione, senza ottemperare a quanto richiesto dall'operatore. Se l'istante non ha potuto o voluto ottenere il PIN fornito dal soggetto terzo, certamente non potrà risponderne, e si è certi non lo farà, Kena Mobile Infine, è d'uopo evidenziare la palese temerarietà del comportamento avversario, che costituisce, *ictu oculi*, una violazione del dover di buona fede nell'esecuzione del contratto. Controparte, invece che attivarsi per ottenere il PIN richiesto da Kena, ha ostinatamente inviato reclami dal medesimo contenuto, allo scopo, neppure troppo celato, di ottenere l'indennizzo ex art. 12 All. A Delibera 347/18/CONS. Si evidenzia infatti come l'istante abbia infatti presentato istanza similare protocollata con GU14/427826/2021, chiedendo parimenti l'indennizzo ex art. 12 All. A Delibera 347/18/CONS nonostante Kena avesse già fornito ampio riscontro. Non potranno neppure essere riconosciute le spese di procedura, considerato che il procedimento di risoluzione delle controversie tramite la piattaforma Conciliaweb è completamente gratuito e che non risulta al fascicolo documentazione attestante spese di procedura giustificate (Conforme è il recente costante orientamento Agcom, si vedano, *ex multis*, delibere nn. 223/20/CIR, 220/20/CIR, 208/20/CIR). Alla luce di quanto esposto e dedotto, è evidente la correttezza dell'operato di TIM SpA, che dovrà andar esente da qualsivoglia addebito di responsabilità. Repliche dell'istante Parte istante ha ulteriormente replicato alle difese dell'operatore insistendo per l'accoglimento delle proprie richieste.

Sul rito. L'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è proponibile e ammissibile. Nel merito. Alla luce di quanto emerso nel corso della istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono trovare accoglimento per i motivi che seguono. Con riferimento alla domanda sub 1) questo Ufficio non ha ritenuto provata dal gestore l'affermazione circa il suo mancato ricevimento della somma di euro 5,00, afferente alla ricarica effettuata dall'utente mediante il servizio Xoom PayPal; quanto sostenuto non è stato infatti supportato da idoneo mezzo probatorio ma soltanto da schermata gestionale interna, risultando così mera asserzione resa dalla parte stessa. Né tantomeno si è reputata sufficientemente chiarita la ventilata esigenza di ottenere dall'istante la comunicazione di un PIN, circostanza che, da lettura della Carta Servizi prodotta agli atti, è risultata afferire, invece, esclusivamente alla modalità di ricarica effettuabile “presso punti vendita autorizzati” (vedasi ultimo paragrafo del punto 5, pag. 2 del documento sopra citato); nel caso di specie il ricorrente ha invece operato tramite servizio on line. L'istruttoria compiuta ha infine permesso ancora di verificare, tramite ricerca effettuata in rete, che il servizio reso da Xoom Paypal e utilizzato dall'utente ricomprende, fra i gestori aderenti ad esso, anche Kena Mobile e, pertanto, non si comprenderebbero le affermazioni di quest'ultima recanti dubbi circa la sussistenza di rapporto commerciale con il soggetto terzo intervenuto. Conseguente, per le ragioni di cui sopra, si ritiene di poter accogliere l'istanza di rimborso della somma di euro 5,00. Relativamente alla richiesta sub 2) di indennizzo, riferita al reclamo del 10/08/2021, è risultato che il gestore non abbia sostanzialmente fornito risposta alla specifica domanda per la prima volta avanzata in tale data (ovvero rimborso di euro 5,00 in luogo della ricarica), limitandosi a reiterare quella già fornita a fronte di precedenti diverse contestazioni. Ne consegue, pertanto, che a norma dell'art. 12, comma 1 dell'Allegato A alla Delibera n. 347/18/CONS spetta all'istante la corresponsione di un indennizzo pari a 300,00 euro, nella misura massima consentita a fronte del ritardo di 183 giorni decorrenti dalla data di invio del reclamo del 10/08/2021 a quella dell'udienza di conciliazione del 09/02/2022 (decurtati i 45 giorni previsti per dare seguito al reclamo). Non può infine essere accolta la richiesta di rimborso delle spese di procedura posta

sub 3), considerato che la procedura di risoluzione delle controversie tramite la piattaforma ConciliaWeb è completamente gratuita e che non risulta a fascicolo documentazione attestante spese di procedura giustificate. Tutto ciò premesso,

DETERMINA

- TIM SpA (Telecom Italia, Kena mobile), in accoglimento dell'istanza del 09/02/2022, è tenuta a - rimborsare la somma di euro 5,00 mediante assegno/bonifico bancario; - corrispondere, mediante assegno o bonifico bancario, l'importo di euro 300,00 a titolo di indennizzo per mancato riscontro al reclamo del 10/08/2021, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza; Respinge le richieste sub 3)

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 30, comma 12, del Codice.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il Responsabile della Struttura
Cosimo Poppa